

JOÃO CARLOS RIBEIRO TAVARES

**TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E
ADOLESCENTES NO BRASIL À LUZ DA LEGISLAÇÃO**

BRASÍLIA

2010

JOÃO CARLOS RIBEIRO TAVARES

**TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E
ADOLESCENTES NO BRASIL À LUZ DA LEGISLAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
a conclusão do curso de bacharelado em
direito da Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Aline Albuquerque

BRASÍLIA

2010

Aos amigos e familiares que acompanham
minha jornada de vida, em especial à minha
mãe, Helena, apoiadora e incentivadora de
todas as horas, ao meu pai, Geraldo, que lá de
cima conduz meus passos, às minhas irmãs,
Rafaela e Gabriela, e à minha orientadora,
prof^a Aline Albuquerque.

“A Verdade dividida

A porta da verdade estava aberta
Mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez

Assim não era possível atingir toda verdade,
Por que a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil da meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades
Diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
Conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Carlos Drummond de Andrade

(Contos plausíveis. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p.47)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PANORAMA FÁTICO DO TOQUE DE RECOLHER	10
1.1 Definição da Medida	11
1.2 Município de Fernandópolis	17
1.3 Municípios de Ilha Solteira e Itapura	20
1.4 Município de Patos de Minas	22
1.5 Município de Santo Estevão	23
2 ANÁLISE DO TOQUE DE RECOLHER À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE	27
2.1 Ordem constitucional	27
2.1.1 <i>Direitos e Garantias Fundamentais: relação entre princípios e regras</i>	29
2.1.2 <i>Princípio da Prioridade Absoluta</i>	36
2.1.3 <i>Princípio da Isonomia</i>	37
2.1.4 <i>Princípio da legalidade</i>	38
2.1.5 <i>Liberdade de ir e vir</i>	39
2.1.6 <i>Princípio da Proteção Integral</i>	40
2.2 Ordem Legal	41
2.2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente	41
2.2.2 Reflexões sobre o Poder familiar no Código Civil e na Constituição Federal	42
3 TOQUE DE RECOLHER: PERCEPÇÕES ANTAGÔNICAS	45
3.1 Percepção negativa: restrição dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes	45
3.2 Percepção positiva: proteção integral das crianças e adolescentes	48
CONCLUSÃO	50

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar de forma objetiva o toque de recolher, adotado em diversos Municípios brasileiros, à luz do ordenamento jurídico-constitucional vigente no Brasil. Dessa forma, pretende elucidar a ponderação entre o princípio da proteção integral e o direito fundamental à liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes, além de proceder à análise de outros princípios constitucionais correlatos ao tema. A problemática exposta tenta explicar de que forma o Estado tem lidado com a matéria e quais seriam as alternativas viáveis para cuidar da questão.

Palavras-chave: toque de recolher, liberdade de ir e vir, direitos de crianças e dos adolescentes, proteção integral.

INTRODUÇÃO

O sistema normativo brasileiro, com base na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Doutrina da Proteção Integral, adotou a concepção de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, lhes assegurando direitos especiais relacionados à sua condição singular de pessoa em desenvolvimento e outros direitos fundamentais direitos fundamentais, tais como os previstos na Constituição Federal de 1988, notadamente o direito à liberdade, incluso nesse a liberdade de circulação, nos termos do inciso XV, do art. 5º da Carta Magna.

Quanto ao direito à proteção integral, sua previsão encontra-se na Constituição Federal de 1988, e atribui à família, à sociedade e ao Poder Público o imperativo de assegurar, com irrestrita primazia, essa proteção, com o objetivo de manter crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É mister ressaltar que, em algumas situações, parece haver um conflito entre o direito à liberdade de ir e vir e o direito à proteção integral. Uma das ações que mais evidencia esse conflito é o instituto que foi recentemente implementado em diversos Municípios brasileiros: o toque de recolher para menores.

Algumas medidas estatais, empreendidas por órgãos do aparato policial, judicial ou mesmo por órgãos executores da política de atendimento, que objetivam “proteger” crianças e adolescentes, têm agido de forma a coagir crianças e adolescentes a permanecerem em casa após certo horário em que estas estariam mais suscetíveis a situações de risco, as quais explicaremos mais adiante.

Essas medidas resultam na restrição da liberdade de crianças e adolescentes sem que tenham os mesmos cometido ato infracional e sem que haja ordem judicial específica e fundamentada determinando sua apreensão caso a caso, ou seja, trata-se de determinação com caráter de norma geral e abstrata.

Por outro lado, a omissão do poder público em buscar soluções alternativas como políticas públicas que visem à conscientização demonstra que há um longo caminho a trilhar na busca de uma ação estatal eficiente que atenda ao princípio da proteção integral.

A problemática que move esta pesquisa que ora empreendemos diz respeito às circunstâncias que tornam a ação estatal, que atinge a vontade da criança e do adolescente, bem como a sua liberdade, uma possibilidade juridicamente aceitável.

O presente trabalho objetiva analisar as medidas adotadas pelo Poder Público, notadamente por membros do Poder Judiciário, em diversos Municípios brasileiros conhecidas como *toque de recolher*, as quais consistem na restrição do direito de liberdade de locomoção de menores desacompanhados de seus pais ou responsáveis legais no período noturno.

No primeiro capítulo, tratou-se da definição da medida do toque de recolher para crianças e adolescentes, foram expostas as justificativas dos magistrados brasileiros para a adoção dessas medidas, assim como traçou-se um panorama fático dos Municípios brasileiros que adotaram a referida restrição.

No segundo capítulo, o toque de recolher foi confrontado com o ordenamento jurídico pátrio em vigor, seja no âmbito infraconstitucional com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com o Código Civil, seja no constitucional a partir da análise dos

princípios da prioridade absoluta, da isonomia, da legalidade, da proteção integral e do direito à liberdade de ir e vir.

No terceiro capítulo, foram abordados os posicionamentos favoráveis e contrários ao toque de recolher, contrapondo, de um lado, aqueles que o defendem baseado no princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, e, do outro, aqueles que consideram tal medida uma ofensa aos postulados da isonomia e da liberdade de locomoção.

Esse tema é indiscutivelmente relevante, atual e provocativo e trabalhá-lo em uma monografia de conclusão de curso de graduação, apesar da escassez de discussões doutrinárias sobre o tema, é de grande valia, mormente pelo fato de se estar contribuindo, por meio de um trabalho teórico, para a solidificação do debate acerca do toque de recolher no Brasil. Assim, trata-se de uma contribuição a uma discussão que aos poucos se avoluma e toma corpo na doutrina e nos tribunais brasileiros.

Quanto à metodologia empregada, a pesquisa foi eminentemente bibliográfica, onde utilizou-se livros e artigos, bem como ressaltou-se que documentos, tais como portarias e projetos de lei, foram objeto de investigação. Ainda, destaca-se que textos de cunho não acadêmico foram analisados, considerando sua relevância para o tema pesquisado e a escassez de material sobre toque de recolher no Brasil.

1 PANORAMA FÁTICO DO TOQUE DE RECOLHER

Este capítulo tem por objetivo analisar as etapas que marcaram a implantação do toque de recolher em alguns Municípios brasileiros e os diversos fatos que a motivaram. Dessa forma, serão abordados aspectos específicos desses Municípios, assim como das decisões que deram início à medida. Em princípio será explicada a medida toque de recolher em âmbito geral, e em seguida serão abordados alguns casos específicos, escolhidos pela sua importância dentro do assunto discutido.

Fernandópolis-SP, Ilha Solteira-SP, Santo Estevão-Ba e Patos de Minas foram os Municípios escolhidos para melhor exemplificar o toque de recolher. Os critérios que pautaram a escolha podem ser resumidos da forma que se segue.

Inicialmente, o Município de Fernandópolis foi selecionado por ter sido o primeiro Município brasileiro a impor a medida. A partir daí, o toque de recolher se espalhou por diversos outros Estados da Federação, sendo que alguns Municípios efetivamente adotaram a medida e outros cogitaram sua adoção.

A comarca de Ilha Solteira foi selecionada por ter sido a segunda a adotar o toque de recolher, utilizando a ideia inicial de Fernandópolis à sua maneira e, também, devido à notoriedade midiática alcançada, o que iniciou uma maior discussão acerca do assunto.

No caso do Município de Santo Estevão, Bahia, apesar de ter sido o terceiro na ordem de implantação da medida, não foi esse fato que motivou sua seleção. A relevância da implantação do toque de recolher neste Município se refere ao fato de a medida ter sido inicialmente implantada por meio de portaria judicial e, logo após, ratificada por uma Lei Municipal com o mesmo teor.

Por fim, o Município de Patos de Minas foi selecionado por ter motivado a proposição de um Procedimento de Controle Administrativo (PCA 200910000023514) no Conselho Nacional de Justiça, a pedido do Ministério Público de Minas Gerais. Num primeiro momento houve uma liminar suspendendo a portaria (Portaria nº 003\2009) e, posteriormente, o CNJ decidiu que o assunto não era de sua competência e, assim, eximiu-se de se manifestar sobre o assunto, afirmando que caberia aos próprios Municípios decidir a matéria. O ministro Ives Gandra Martins Filho, conselheiro relator da matéria, assim entendeu:

"Não cabe ao CNJ atuar diretamente nessa matéria, mas estabelecer parâmetros gerais que sirvam para que cada Tribunal de Justiça verifique se o juiz está estabelecendo regras gerais ou resolvendo um problema específico".¹

1.1 Definição da Medida

O termo toque de recolher decorre de uma prática que foi adotada na Europa durante a segunda guerra mundial. Tal medida consistia em que, em determinada hora da noite, uma sirene era acionada e todos os moradores da cidade deveriam se recolher em suas moradias, geralmente devido aos bombardeios que ocorriam. De forma deturpada e como prática de repressão social, essa medida foi muito utilizada pelos nazistas contra os judeus, o que traduzia uma forma de exercer um maior controle sobre aquele povo, o que era a intenção da nação nazista².

Esse mesmo termo – toque de recolher – está sendo utilizado hoje, no Brasil, para designar uma medida que vem sendo adotada por Juízes, Prefeitos e pelas

¹ Toque de Recolher: comissão do CNJ vai analisar regras para a edição de portarias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9263:toque-de-recolher-comissao-do-cnj-vai-analisar-regras-para-edicao-de-portarias&catid=1:notas&Itemid=169>. Acesso em 15 mai 2010.

² BRENER, Jayme. **A Segunda Guerra Mundial: o planeta em chamas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999. p.32.

Câmaras de Vereadores de alguns Municípios do país. É o intitulado “Toque de recolher para menores” e, com o mesmo objetivo daquele adotado durante a segunda guerra mundial, tem por finalidade restringir o direito de permanência nas ruas durante determinados períodos. O referido toque, no Brasil, relaciona-se à restrição do direito das crianças e adolescentes de, caso estejam desacompanhados de seus pais ou representantes legais, permanecerem nas ruas após determinado horário. Nesse caso, não há a necessidade do acionamento de uma sirene, bastando apenas um horário pré-determinado para que este menor esteja em sua residência³.

As medidas que estão sendo aplicadas em alguns Municípios têm chamado a atenção da mídia e de autoridades de outras cidades, as quais parecem reconhecer o toque de recolher como uma medida bastante eficaz na proteção da criança e do adolescente e, por consequência, na diminuição de ocorrências de atos infracionais. Diante disso, essas autoridades têm buscado maneiras para viabilizar a aplicação da medida também em seus Municípios⁴.

O toque de recolher recebeu esse nome após o Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fernandópolis, Evandro Pelarín, proferir uma decisão administrativa em agosto de 2005, determinando que crianças e adolescentes não poderiam permanecer nas ruas desacompanhados de responsáveis após as 23 horas.

De acordo com resumo de sua própria decisão apresentada pelo juiz, observa-se o seguinte:

“As polícias (civil e Militar) e o Conselho tutelar devem recolher crianças e adolescentes – desacompanhados dos pais ou de adulto responsável – em situações de risco (por exemplo, menores de 18 anos, pelas ruas, em contato com bebidas alcoólicas, drogas ou prostituição), encaminhando-os aos pais,

³ Vide os Municípios citados neste trabalho.

⁴ Conclusão do autor após examinar notícias a partir do mecanismo de busca com o termo toque de recolher. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 mai 2010.

imediatamente, como medida de proteção, mediante advertência; isso, sem prejuízo de outras providências, como a responsabilização dos pais, por multas, em caso de reiterada negligência, e o tratamento de menores viciados em drogas. Além disso, desde o início, emitiu-se uma recomendação pública para que os pais não deixem seus filhos menores, sozinhos, nas ruas ou outros lugares perigosos, depois das 23 horas.”⁵

A justificativa exposta, que dá base para a medida em questão, se funda no fato de que muitas das reclamações dirigidas ao Poder Público tratavam da presença de menores em logradouros públicos da cidade, fazendo uso continuado de bebidas alcoólicas. Outro fator que contribuiu para a adoção da medida foi o alto índice de delinquência juvenil que a cidade apresentava no período em questão. Esses fatores geraram uma cobrança por parte dos moradores da cidade para que alguma providência fosse tomada pelo Poder Judiciário a respeito dos conflitos envolvendo crianças e adolescentes verificados na cidade. Para ilustrar melhor, apresenta-se trecho de um artigo escrito por Evandro Pelarín, citado Juiz de Fernandópolis:

“Em Fernandópolis, várias eram as reclamações, direcionadas à Vara da Infância e da Juventude, vindas de moradores da cidade, de integrantes de clubes de serviço e de Vereadores, a respeito **da presença de menores de 18 anos, nas ruas**, de maneira especial, **fazendo uso de bebidas alcoólicas**. Nesses protestos, os cidadãos fernandopolenses diziam-se indignados com **casos explícitos de adolescentes ingerindo bebidas alcoólicas pelas ruas**, à noite, na principal avenida da cidade e adjacências. **Além disso, havia na cidade um clamor** – assim se pode dizer, sem exagero – **para que a justiça tomasse providências**, em razão do que a sociedade fernandopolense considerava **alto índice de delinquência juvenil**: furtos de casas, de aparelhos de automóveis e até roubos à mão armada em residências. Tudo isso pode ser checado em jornais da cidade daquela época. Desse modo, em julho de 2005, após alguns encontros e reuniões por provocação da justiça, a partir de uma petição do Ministério Público local, o **Poder Judiciário determinou a formação de uma força-tarefa** – com junção das forças de segurança (Polícias Civil e Militar) e do Conselho Tutelar, convidando, ainda, a Ordem dos Advogados do Brasil – para o cumprimento e a fiscalização das decisões proferidas pela Vara da Infância e da Juventude da

⁵ PELARIN, Evandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

Comarca, consistentes na retirada das ruas dos menores em situação de risco.”⁶

Após Fernandópolis, diversos outros Municípios brasileiros seguiram o exemplo da cidade e também passaram a considerar o toque de recolher como uma possibilidade real de combate a atos infracionais e situações de risco envolvendo crianças e adolescentes.

Os Municípios que adotaram o toque de recolher para menores justificaram essa medida como sendo um meio de proteger a criança e o adolescente que estão sujeitos a situações que possam colocá-los em risco. Entendem que é durante a noite que essas situações se intensificam e se tornam mais prejudiciais aos menores.

A questão da violência juvenil também tem um papel importante na opção por essa medida. Considera-se que, se o menor estiver em sua casa, sem a possibilidade de sair às ruas, há menos probabilidade de que venha a praticar delitos. Por outro lado, a segurança das pessoas que transitam à noite ou têm sua casa invadida para roubos ou furtos também aumenta.

Exemplos de Municípios que adotaram a medida são Ilha Solteira e Itapura, em que o Ministério Público, a fim de cessar o risco a que estavam submetidas crianças e adolescentes, solicitou ao Poder Judiciário providências quanto à limitação de horários para que possam transitar pelas ruas à noite. Destarte, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ilha Solteira prolatou o seguinte:

“(...) Em minhas andanças noturnas pela cidade de ilha solteira, com vistas a conhecer de perto a realidade social dos lindes em que exerço jurisdição, percebo, com nítida clareza, que crianças e adolescentes mergulham-se no

⁶ PELARIN, Evandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

ócio noturno. Rodas de bate-papo, a altas horas da noite, formam-se. As crianças e adolescentes, que deveriam estar dormindo para no dia seguinte gozar de um bom aproveitamento escolar, sojugam-se às péssimas influências de criminosos e aproveitadores (...) Não há dúvida de que a ausência de limites a esses jovens os coloca em grave situação de risco. A exposição a drogas ilícitas, à exploração sexual, a toda ordem, pois, de violação aos direitos da Infância e Juventude, tudo isso se observa, com nítida clareza, nos dias hodiernos. (...)A problemática acima apresentada levou-me a pensar num modelo que pudesse interromper esse processo em que se identificam queixas no comportamento dos jovens. [...]Posto isso, fica determinada, ao Conselho Tutelar, a condução de crianças e adolescentes flagradas em situação de risco (por exemplo, ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som de alto volume, propagado por veículos e estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco acima descrita), mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas, durante a noite e madrugada, para a própria sede do Conselho Tutelar, de onde os Conselheiros podem aplicar as medidas previstas no art. 136, I, do Estatuto da Criança e Adolescente, entre elas, especialmente, encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, ou abrigo em entidade, sem prejuízo das demais medidas previstas no art. 101 do ECA (exceção a do inciso VIII). As situações de risco podem ser verificadas, quando os jovens estejam nas ruas (ou nos locais acima aludidos), sem estar acompanhados pelos pais ou responsáveis, nas seguintes situações: para os menores de 0 a 14 anos, a partir das 20h30; de 14 a 16, a partir das 22 horas; para aqueles entre 16 e 18 anos, a partir das 23 horas”.⁷

Algumas cidades em que já foi instituído o toque de recolher são as seguintes, por Estado da Federação. No Estado de São Paulo: Municípios de Fernandópolis, Meridiano, Macedônia, Pedranópolis, Ilha Solteira, Itapura, Mirassol e Araçatuba. Em Mato Grosso do Sul: Fátima do Sul, Jataí, Vicentina e Nova Andrina. Em Minas Gerais: Patos de Minas, Arcos e Pompeu. Em Goiás a medida foi aplicada nas cidades de Mozarlândia, Itajá e Itaberaí. Na Paraíba, nas cidades de Taperoá, Livramento e Assunção. Na Bahia, nos Municípios de Santo Estevão, Ipecaetá e Antônio Cardoso. Em Santa Catarina apenas em Camboriú e no Paraná, apenas na cidade de Cambará. Diversas outras cidades já adotaram também o toque de recolher e outras estão cogitando a aplicação da medida.

⁷Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, em 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.ilhasolteira.sp.gov.br/documentos/toque_de_recolher.pdf>. Acesso em: 15 mai 2010.

Em todas as cidades citadas o toque de recolher já está sendo aplicado. Porém, há uma infinidade de outros Municípios que estão estudando a possibilidade de também utilizar-se desse mecanismo de controle de menores. Em algumas cidades o “toque” já deixou de ser uma portaria judicial e se tornou lei, aprovada pela Câmara de Vereadores, como é o caso do município de Santo Estevão na Bahia. Até o presente momento apenas Municípios de pequeno porte fazem parte do rol do “toque”, mas já foi noticiado que alguns Municípios com grandes proporções cogitam aplicar a medida.

Entre as cidades que aplicaram o toque de recolher, há algumas divergências no formato de como a medida está sendo imposta à população. Na cidade de Fernandópolis-SP, o ‘toque’ é geral, ou seja, todos os menores de 18 anos devem se recolher às suas casas a partir das 23 horas. Nos Municípios de Ilha Solteira e Itapura, há um horário de recolhimento para cada faixa etária de menores. Aqueles que tiverem até 12 anos só poderão permanecer nas ruas até as 20 horas e meia, os menores entre 13 e 15 anos até as 22 horas e aqueles entre 15 e 17 até as 23 horas. Como essa diferença que foi vista, há outras, pois cada município estabelece o toque de acordo com a sua percepção acerca de como é a melhor forma de aplicação da medida. Nas cidades da Bahia há, até mesmo, a possibilidade de os pais isentarem seus filhos da medida, caso assim prefiram. Seria necessária apenas a apresentação pelo menor do documento que o isenta da aplicação da medida.

Com a finalidade de esclarecer o toque de recolher, passar-se-á agora a analisar como se deu a produção da medida em alguns Municípios do país. Inicialmente, serão abordadas as cidades que primariamente estabeleceram o toque de recolher.

1.2 Município de Fernandópolis

O toque de recolher para menores foi identificado pela primeira vez no município de Fernandópolis. O Juiz Ewandro Pelarim, mencionado anteriormente, foi quem proferiu a decisão que estabelece que menores de 18 anos não podem permanecer nas ruas sem a presença dos pais ou de um adulto responsável, após as 23 horas. Esse mesmo juiz publicou um trabalho em que explica os motivos pelos quais criou a medida e quais resultados foram obtidos a partir dela, depois de alguns anos em vigor. Eis um trecho que expõe sua motivação:

“(...) várias eram as reclamações, direcionadas à Vara da Infância e da Juventude, vindas de moradores da cidade, de integrantes de clubes de serviço e de Vereadores, a respeito da presença de menores de 18 anos, nas ruas, de maneira especial, fazendo uso de bebidas alcoólicas. Nesses casos cidadãos fernandopolenses diziam-se indignados com casos explícitos de adolescentes ingerindo bebidas alcoólicas pelas ruas, à noite, na principal avenida da cidade e adjacências”.⁸

Mas, não foi apenas esse o motor para a utilização do “toque”. O trecho a seguir explica outra razão para o toque de recolher.

“(...) Além disso, **havia na cidade um clamor** – assim se pode dizer, sem exagero – **para que a justiça tomasse providências**, em razão do que a sociedade fernandopolense considerava alto índice de delinquência juvenil: furtos de casas, de aparelhos de automóveis e até roubos à mão armada em residências”.⁹

De acordo com o juiz Ewandro Pelarim, o que está sendo visado com o toque não é a diminuição da violência causada pelos menores e sim a retirada desses menores das situações de risco. Como exemplos de situações de risco temos a ingestão de bebidas

⁸ PELARIN, Ewandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

⁹ PELARIN, Ewandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

alcoólicas, o uso de drogas, a exposição à prostituição, o desamparo em geral, a importunação ofensiva ao pudor e a presença menores na condução de veículos automotores, entre outros.

Com o clamor da sociedade, que exigia alguma manifestação por parte do Poder Judiciário para os problemas que afetavam a Comarca, e após algumas reuniões entre parte da comunidade e as autoridades públicas, foi instituída uma força-tarefa. Essa força-tarefa englobava as forças de segurança da cidade (polícias civil e militar), e o conselho tutelar, tendo ainda como convidado, a Ordem dos Advogados do Brasil. A presença da Ordem se fazia necessária para o efetivo cumprimento e fiscalização da decisão proferida pela Vara da infância e da juventude da Comarca de Fernandópolis, qual era a retirada das ruas de menores em situação de risco.

Se a criança ou adolescente for surpreendido nas ruas, por uma força-tarefa, desacompanhado de um responsável e se encontre em situação de risco, este será recolhido pela polícia ou por agentes do conselho tutelar e conduzidos à sede do Conselho Tutelar, ou ao Fórum da cidade, ou a uma Delegacia. De onde, serão chamados os pais, com a finalidade de conduzir seus filhos às suas casas. Os pais também receberão uma advertência por escrito descrevendo em qual situação de risco seu filho foi encontrado, bem como, uma recomendação para cumprirem com a sua autoridade familiar. Como explica, Evandro Pelarín:

“Se a primeira vez que o menino ou a menina foi recolhido em situação de risco, os pais são intimados (a qualquer hora do dia ou da noite) para que se desloquem até a sede do Conselho Tutelar, do Fórum ou de uma das Delegacias de Polícia, de modo a levar os filhos embora para casa. Além disso, os pais recebem uma advertência por escrito, constando qual foi a situação de risco em que seu filho foi encontrado, bem como a recomendação (de Conselheiros Tutelares, Juiz ou Promotor) para exercer o

seu dever (pátrio poder), mantendo consigo o filho, vigiando-o, cuidando melhor dele.”¹⁰

Caso haja reincidência da apreensão da criança ou do adolescente, além de todo o procedimento já adotado mencionado anteriormente, caso seja constatada a negligência ou descumprimento do horário recomendado, estes incorrerão em multa, sendo que ainda poderão ser processados, caso se descubra a ocorrência de algum crime contra seus filhos, cometido por eles.

“(...) a partir da “reincidência”, ou seja, da segunda ou terceira vez que o menor é surpreendido em situação de risco, além do procedimento mencionado anteriormente, o Conselho Tutelar ou o Ministério Público oferecem uma representação, isto é, abrem um processo contra os pais para verificar se eles estão sendo negligentes, isto é, se os pais deixaram de cumprir os seus deveres:descumpriram ou não o pátrio poder ou a decisão judicial, relativa à recomendação para que os menores não permaneçam nos locais de risco da cidade. Confirmada negligência ou descumprimento da ordem judicial recomendatória do horário, os pais são condenados em multa.³⁸ Isso, sem prejuízo, evidentemente, de se investigar a ocorrência de algum crime cometido pelos pais contra os filhos, previstos no Código Penal, como o crime em que o pai ou a mãe “entrega o filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo” (art. 245), cuja pena máxima é de dois anos de reclusão, ou o crime em que o pai ou a mãe permite que seu filho “frequente casa de jogo ou malafamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida, ou, frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza” (art. 247), cuja pena máxima é de até três meses de detenção. Além dessas consequências, há outras punições previstas aos pais no Código Civil, como a perda ou a suspensão ou do pátrio poder (artigos 1.635 e 1.637), o que pode levar à retirada do filho da casa dos pais e encaminhamento dele a um orfanato.”¹¹

Essa decisão já está em vigor desde agosto de 2005 na Comarca de Fernandópolis que abrange os Municípios de Fernandópolis, Pedranópolis, Macedônia e Meridiano.

¹⁰ PELARIN, Evandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

¹¹ PELARIN, Evandro. "Toque de recolher" para crianças e adolescentes . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 15 mai 2010.

1.3 Municípios de Ilha Solteira e Itapura

Em Ilha Solteira e Itapura, Municípios situados no Estado de São Paulo, o toque de recolher está sendo aplicado desde o dia 20 de abril de 2009, quando se fez valer a decisão do Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, prolatada no dia 21 de março deste mesmo ano.

Após receber um pedido de providências da Promotoria da Infância e da Juventude da Comarca de Ilha Solteira – SP, o Juiz da Vara da Infância e da Juventude determinou, por meio de uma Portaria Judicial, que menores, de 0 a 14 anos, só poderiam permanecer nas ruas até as 20h30, aqueles que compreendessem a idade entre 14 e 16 anos até as 22h e aqueles com 16 ou 17 anos até as 23h, caso não estivessem na presença dos pais ou de algum responsável. Em sua sentença, o Juiz explana toda a motivação que o levou a empregar o toque de recolher na Comarca de sua atuação.

De acordo com o Juiz, a principal justificativa para a implementação do toque em sua Comarca, é o de que crianças e adolescentes carecem de uma boa noite de sono, a fim de que possam gozar de um satisfatório aproveitamento escolar. Outra explicação, era a de que os jovens ficavam à mercê de adultos de má índole à noite. Além desses motivos há outros, porém, para ele, estes são os mais consistentes. Vide parte de sua decisão:

“Rodas de bate-papo, a altas horas da noite, formam-se. As crianças e adolescentes, que deveriam estar dormindo, para no dia seguinte gozar de um bom aproveitamento escolar, sojugam-se às péssimas influências de criminosos e aproveitadores”.¹²

¹² Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, em 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.ilhasolteira.sp.gov.br/documentos/toque_de_recolher.pdf>. Acesso em: 15 mai 2010.

Constatou-se em Ilha Solteira situação muito semelhante à que se encontrava em Fernandópolis. Estava se tornando constante a presença de menores nas ruas da cidade até a madrugada, muitas vezes tais menores faziam o uso de bebidas alcoólicas e até mesmo de substâncias entorpecentes. Foram circunstâncias como essas que despertaram o interesse dos magistrados para o emprego da medida toque de recolher neste Município.

Como o toque de recolher em Ilha Solteira e Itapura foi idealizado a partir da medida imposta em Fernandópolis, o procedimento de recolhimento de crianças e adolescentes é quase idêntico ao adotado primeiramente em Fernandópolis, só diferindo em alguns pontos, como os horários fixados para cada faixa etária. Para melhor ilustrar qualquer diferenciação quanto ao toque de recolher imposto em Fernandópolis-SP, expõe-se trecho da decisão de Ilha Solteira que determinou o toque de recolher:

“(…) Posto isso, fica determinada, ao Conselho Tutelar, a condução de crianças e adolescentes flagradas em situação de risco (por exemplo, ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som de alto volume, propagado por veículos e estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco acima descrita), mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas, durante a noite e madrugada, para a própria sede do Conselho Tutelar, de onde os Conselheiros podem aplicar as medidas previstas no art. 136, I, do Estatuto da Criança e Adolescente, entre elas, especialmente, encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, ou abrigo em entidade, sem prejuízo das demais medidas previstas no art. 101 do ECA (exceção a do inciso VIII). As situações de risco podem ser verificadas, quando os jovens estejam nas ruas (ou nos locais acima aludidos), sem estar acompanhados pelos pais ou responsáveis, nas seguintes situações: para os menores de 0 a 14 anos, a partir das 20h30; de 14 a 16, a partir das 22 horas; para aqueles entre 16 e 18 anos, a partir das 23 horas.

Determina-se, ainda, a intimação dos pais para que busquem seus filhos apanhados em situação de risco, aplicando as medidas do art. 136, II, do ECA, especialmente, advertência, sem prejuízo das demais medidas previstas no art. 129 do ECA (exceção a dos incisos VIII a X). Para fiel cumprimento deste mandado, os Conselheiros Tutelares estão autorizados a interpelar menores de 18 anos, flagrados em situação de risco real ou iminente, entrar nos bares, lanchonetes, boates, a advertir àqueles que

resistirem ao cumprimento da ordem da possibilidade de incorrerem no crime do art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Impedir ou embarçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei: Pena – detenção de seis meses a dois anos”) (...).”¹³

1.4 Município de Patos de Minas

No dia primeiro de junho de 2009, passou a valer no Município de Patos de Minas o denominado toque de recolher para menores. A medida foi assentada por meio de uma portaria expedida pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude do Município, Joamar Gomes Vieira Nunes. A Portaria nº 003/2009 disciplina o acesso de crianças e adolescentes em logradouros públicos, espaços comunitários, bailes, festas, promoções dançantes, shows, boates, congêneres, bares e restaurantes.

Da mesma forma como os outros exemplos do toque de recolher, a medida em Patos de Minas visa impossibilitar a presença de menores nas ruas desacompanhados de maiores responsáveis. Ficou estabelecido que das 23 horas até as 06 horas da manhã do dia seguinte, menores de 18 anos não poderão permanecer nos locais descritos, sem a presença de um responsável legal.

Os artigos 14 e 15 da portaria explicitam a idéia principal do toque de recolher, que é evitar a presença de crianças e adolescentes desacompanhados de um maior responsável em locais e horários que possam ser considerados de risco. *ipsis litteris*:

“Artigo 14. A entrada e permanência dos menores de 18 (dezoito) anos em bares, restaurantes e congêneres, independentemente do horário, somente é

¹³ Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, em 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.ilhasolteira.sp.gov.br/documentos/toque_de_recolher.pdf>. Acesso em: 15 mai 2010.

permitida desde que permanentemente acompanhados dos pais, responsáveis legais, demais ascendentes ou colaterais maiores até o terceiro grau (avós, irmãos e tios) comprovado documentalmente o parentesco.

Artigo 15. No período compreendido entre 23:00 e 06:00 horas, nenhuma criança ou adolescente, desacompanhada de seus pais, responsáveis legais (tutor, o curador ou o guardião) ou acompanhantes (demais ascendentes ou colaterais maiores até o terceiro grau – avós, irmãos e tios – comprovado documentalmente o parentesco), poderá permanecer em logradouros públicos, espaços comunitários, bailes, festas, promoções dançantes, shows, boates e congêneres.”¹⁴

Nos artigos citados fica claro o estabelecimento do toque de recolher para menores, eis que proíbe a entrada e permanência de crianças e adolescentes, em locais que possam ser considerados de risco, sem a presença dos pais ou de algum responsável, bem como, fixa um horário para isso.

A Portaria Judicial 003/2009 expedida pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude de Patos de Minas, não expõe qual será o procedimento adotado pelos órgãos que realizarão o controle dos menores encontrados nas situações descritas nos artigos citados, proibindo apenas as condutas que considera irregulares.

1.5 Município de Santo Estevão

O toque de recolher imposto no Município de Santo Estevão - BA é semelhante às medidas determinadas nas cidades já citadas, visto que se baseou nessas Portarias Judiciais para estabelecer a sua própria. O diferencial, que torna importante citar este caso em específico, é o fato de que em Santo Estevão, o toque de recolher, deixou de ser uma portaria judicial para se tornar Lei Municipal. Colocarei aqui o projeto de lei que foi aprovado

¹⁴ Disponível em: < http://www.patosnoticias.com.br/o_que_acontece/noticia/4367-destaque_da_semana-confira_a_nova_portaria_do_juizado_da_infancia_e_da_juventude>. Acesso em 15 mai 2010.

pela respectiva Câmara de Vereadores para elucidar como a medida vige atualmente no Município de Santo Estevão-BA:

“A Câmara de Santo Estevão decreta:

Art. 1º. Fica a Prefeitura Municipal de Santo Estevão obrigada a promover fiscalização de crianças e adolescentes desacompanhadas de seus pais no horário compreendido entre às 18:00 horas até as 05:00 horas, nas ruas, em bares e em locais públicos a permanência das crianças e adolescentes.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, nos termos do Código Civil-02, considera-se responsável legal: o pai, a mãe, o tutor, o curador ou o guardião; consideram-se acompanhantes os demais ascendentes ou colaterais maiores até o terceiro grau - avós, irmãos e tios – comprovados documentalmente o parentesco.

Art. 2º. A criança e/ou adolescente que se verificar nessas condições (situação de risco) especialmente no horário supracitado, será encaminhada, por medida de proteção, pelos Guardas Municipais, com apoio dos Agentes Voluntários de Proteção à Criança e ao Adolescente (antigos Comissários de menores) do Juizado da Infância e Juventude, atuando a Polícia na fiscalização, juntamente o Conselho Tutelar.

Parágrafo 1º – Independentemente do horário (ou seja a qualquer hora do dia e da noite), sendo verificando que alguma criança ou adolescente está em situação de risco em razão do local ou horário inadequado, ou mesmo em razão da sua própria conduta, será ele encaminhado aos pais, ou responsáveis legais, os quais serão notificados na forma do art. 101, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.

Parágrafo 2º Consideram-se situações de risco para crianças e adolescentes, dentre outras: estarem em locais de ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, exposição à prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som com poluição sonora de alto volume, propagado por veículos particulares ou estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco, como nos exemplos acima, mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes.

Art. 3º. O Termo Circunstanciado será elaborado com cópia para o Conselho Tutelar ou Ministério Público de Santo Estevão.

Art. 4º. A medida tomada será fundamentada pela omissão dos pais ou responsável nos termos do item II, do art. 98 c/c o art. 101, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA.

Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Edivaldo Marcelo

Vereador”¹⁵

A Lei do toque de recolher no Município de Santo Estevão-Ba foi gerada nos moldes de sua própria Portaria Judicial. A intenção de tornar a portaria lei era a de trazer maior legitimidade para a medida.

Pode-se facilmente notar em todos os casos aqui citados semelhança nas medidas adotadas e suas justificativas para a implantação do toque de recolher.

Todos os exemplos citados têm histórico semelhante quanto à implantação da medida. É facilmente reconhecido em todos os Municípios que a adotam, que se está reproduzindo com suas particularidades, o toque de recolher historicamente situado na Europa. Cada cidade que vê no “toque” a solução dos seus problemas e o utiliza, o ajusta para que ele atenda ao seu caso específico que o juiz considera mais apropriado para a sua situação.

Pode-se afirmar que cada vez mais o “Toque de recolher” vem sendo divulgado e muitos Municípios acabam vendo nele uma maneira de solucionar seus problemas em relação aos menores que permanecem desacompanhados no período noturno, principalmente aqueles relacionados à violência juvenil. Mas, não deveria ser esta a razão principal para a imposição dessa medida, e sim, a proteção integral da criança e do adolescente, que atualmente se encontram em situações de vulnerabilidade, tais como, drogas, álcool e a delinquência. É consenso que jovens devem estar em suas casas no período noturno,

¹⁵ Disponível em: <<http://toquedeacolherbahia.blogspot.com/2009/12/anteprojeto-originalda-lei-que.html>>. Acesso em: 18 mai 2010.

pois ali estarão mais bem protegidos do que nas ruas. Porém, podem também sofrer algum tipo de abuso em seus próprios lares, não sendo o toque de recolher, garantia completa da segurança e proteção da criança e do adolescente.

Não é apropriado taxar crianças e adolescentes de infratores, contudo, é isso que está ocorrendo quando se impõe tal medida. Coloca-se em uma mesma categoria toda uma camada de jovens, não importando se este é ou não infrator. Os juízes se explicam afirmando que o toque visa proteger o menor das situações de risco, como uso de drogas ilícitas e do álcool. Porém, o que se nota é a presença de uma atitude discriminatória sem razoabilidade, pois menos de 1% dos jovens do país cometeram atos infracionais, dessa forma, questiona-se a imposição do toque de recolher a todos os menores de 18 anos que residem nos Municípios onde vige a medida.

De acordo com os Municípios que aplicaram a medida há algum tempo, seus efeitos têm sido bastante positivos¹⁶. É dito que se diminuiu o número de casos de delinquência juvenil e ocorrências. Nessas cidades que usam o toque há o apoio irrestrito da população, todos parecem bem felizes com a situação, menos os jovens¹⁷.

¹⁶ Extraído de <<http://toquedeacolherbahia.blogspot.com/2010/05/populacao-de-santo-estevao-comemoram.html>>. Acesso em: 18 mai 2010.

¹⁷ Extraído de <<http://www.juventude.gov.br/e-fato/2009/04/30-04-2009-juventudes-toque-de-recolher-prova-incompetencia-do-estado/>>. Acesso em: 18 mai 2010.

2 ANÁLISE DO TOQUE DE RECOLHER À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

2.1 Ordem constitucional

A Constituição vigente no Brasil traz na sua letra, em seu artigo 227, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Esta norma se baseia na vulnerabilidade intrínseca da criança e do adolescente e preconiza os deveres da família, da sociedade e do Estado com relação a eles. Paulo Luiz Netto Lobo expõe que o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, sua família, com a sociedade e com o Estado¹⁸. Isso significa que a Constituição define o princípio como importante via de atuação do Estado, da sociedade e da família para com as Crianças e Adolescentes.

O artigo apontado esclarece que pertence à família, à sociedade e ao Estado o dever de resguardar os direitos da criança e do adolescente, visto que sua condição é a de pessoa em desenvolvimento.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **CÓDIGO CIVIL COMENTADO: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial - Artigos 1.591 a 1.693 - v. XVI**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45.

A família é quem deve conferir, preferencialmente, a proteção à criança e ao adolescente, pois é no seio familiar que nasce e se desenvolve esse ser, é o que ocorre em grande parcela da população brasileira. Venosa acompanha esta idéia, pois entende que compete aos pais, primordialmente, ceder os meios necessários para a sobrevivência dos filhos, criando-os e educando-os. E que os pais têm a obrigação de tornar seus filhos úteis à sociedade, sendo sua postura vital para o desenvolvimento da criança¹⁹.

Caso essa proteção dada pelos pais não esteja sendo suficientemente adequada, a sociedade e o Estado, então, deverão ser os responsáveis por prover essa proteção. Esta se daria por meio de programas assistenciais que propiciariam às crianças e adolescentes todas as condições para um desenvolvimento saudável. É importante ressaltar que a sociedade e o Estado devem estar sempre presentes nas vidas das crianças e adolescentes, mas aqui se destaca a primeira instituição que deve acautelar os direitos dos menores, ou seja, a família, pois se os genitores não possibilitar os meios indispensáveis para o desenvolvimento do menor, então a sociedade e o Estado deverão assumir tal responsabilidade.

Entretanto, quanto ao Estado, este possui deveres específicos para as Crianças e Adolescentes como o explicitado no § 1º do artigo 227 e seus incisos da Constituição Federal, *in verbis*:

“§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

¹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 308.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

A Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 229, diz que pertence aos pais o dever de criar, assistir e educar seus filhos menores, *ipsis litteris*:

“Art.229 Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Vê-se com este artigo que o legislador constituinte conferiu aos pais o dever primordial de cuidado com os filhos. Pois é na esfera familiar que a pessoa humana nasce e se desenvolve, e de seus genitores extrai os principais valores e regras que regerão a sua vida. O Estado também apresenta papel insubstituível nesse processo de desenvolvimento da criança e do adolescente. Este tem o dever de prover algumas necessidades básicas do menor, como por exemplo, a educação e a saúde.

2.1.1 Direitos e Garantias Fundamentais: relação entre princípios e regras

Dentre as várias formas de abordarmos o tema dos direitos fundamentais, em razão da problemática que se pretende debater com o presente trabalho, optaremos por abordar brevemente a discussão em torno das dimensões desses direitos, assim como ressaltar o fato desses direitos alcançarem a amplitude de princípios.

Com esteio nas obras dos doutrinadores Uadi Lammêgo Bulos, Jorge Miranda e J.J. Gomes Canotilho²⁰, perpassaremos brevemente o tema dos direitos fundamentais para clarificar a importância do tópico e sua relação com este trabalho.

Os direitos e garantias fundamentais podem ser analisados sob um prisma deveras diversificado e, por essa razão, sua concepção constitucional se torna complexa. Apesar de parte da doutrina, como José Carlos Vieira de Andrade, explicar sua evolução em dimensões, tomaremos por base a explicação que toma essa evolução em gerações de direitos fundamentais. Trata-se de um critério didático utilizado pela doutrina.

Os direitos fundamentais de primeira geração, surgidos no final do século XVII, exprimem-se pela exaltação das liberdades públicas, ou seja, dos direitos e das liberdades clássicas que tinham por núcleo essencial a limitação do poder estatal perante o indivíduo e se caracterizavam por prestações negativas. Como exemplos podemos citar o direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação, entre outros²¹.

Quanto aos direitos de segunda geração, advindos do período posterior à Primeira Grande Guerra, estes podem ser entendidos como os direitos sociais, econômicos e culturais, que visam assegurar o bem-estar e a igualdade, isto é, impõe ao Estado uma prestação positiva.

A terceira geração dos direitos fundamentais engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, expressão cunhada por Karel Vasak em 1979 e que ainda

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 101 a 112. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. P. 250. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed Coimbra: Almedina. 2003, p. 407 a 535.

²¹ RIVERO, 1980, apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 104.

não encontrou unanimidade entre os doutrinadores²². Dentre alguns desses direitos pode-se citar o direito ao meio ambiente equilibrado, à vida saudável e pacífica, ao progresso, entre outros.

Quanto aos direitos de quarta geração, alguns autores como Paulo Bonavides e Uadi Lammêgo Bulos, os localizam num contexto em que o início do novo milênio prenuncia alterações na vida e no comportamento dos homens. Nesse sentido, os direitos já estabelecidos conviverão com outros direitos, como o direito à informática, softwares, biociências, eutanásia e transgênicos.

Em relação à controvérsia doutrinária que se propõe a discutir o tema das gerações dos direitos fundamentais, aduz o doutrinador Ingo Sarlet:

“Constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio, ao sustentar, justamente com base nas transformações ocorridas na seara dos direitos fundamentais e reveladas plasticamente pela teoria das “gerações” de direitos, a ausência de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais (...) Importante é, neste particular, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável.”²³.

Na verdade, a questão do desenvolvimento dos direitos humanos ao longo da história não denota uma escala de importância entre os direitos ou exclui os anteriores a cada geração. O que acontece é uma incorporação dos novos direitos aos existentes ressaltando que não há hierarquia mas sim agregação de novos elementos e entendimentos ao princípio da dignidade da pessoa humana. O que se depreende é o sentido de

²² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 104.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2004, p.61.

indivisibilidade, integralidade e interdependência entre os direitos humanos. Nessa linha, Paulo Bonavides ensina:

“A Nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-lo mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.”²⁴

Dentre as principais características dos direitos fundamentais, na lição de Leo Oliveira Van Holthe²⁵, podemos resumi-las como: **historicidade**: o conteúdo dos direitos fundamentais varia com a história, vez que são o resultado de constantes reivindicações sociais; **inalienabilidade**: no sentido de serem intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis; **imprescritibilidade**: nunca sofrem prescrição, sendo sempre exigíveis; **irrenunciabilidade**: não se pode renunciar a eles, embora se possa não exercê-los; **universalidade**: basta a condição de ser humano para ser titular dos direitos fundamentais; **efetividade**: o Poder Público deve ao máximo garantir a efetivação dos direitos fundamentais; **complementaridade**: os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, e não isolada; **normas de caráter aberto** (princípio da não-tipicidade dos direitos fundamentais): permite a identificação de uma “fundamentalidade material” e que se reconheçam direitos fundamentais não expressos no texto constitucional, acrescentando outros aos já existentes; **relatividade e limitação**: os direitos fundamentais apresentam como limites os demais direitos constitucionais pelo princípio da relatividade ou princípio da convivência das liberdades públicas.

Da lavra do doutrinador Canotilho, ressaltamos, dentre as funções dos direitos fundamentais, aquela relativa à defesa ou liberdade. Como explica o autor, a primeira

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.524.

²⁵ HOLTHE, Leo van. **Direito Constitucional**. 5 ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 250.

função dos direitos fundamentais é justamente a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado e de outros esquemas políticos coercitivos²⁶, *in verbis*:

“Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”²⁷

Ademais, a questão pertinente ao tema dos direitos fundamentais que deve ser abordada refere-se à discussão acerca da normatividade dos princípios, assim como as peculiaridades colocadas pela doutrina quanto às diferenças entre princípios e regras. A doutrina contemporânea define o princípio como uma espécie de norma jurídica, distinguindo-a da regra. Robert Alexy²⁸ esclarece que a distinção entre regras e princípios constitui um marco na teoria normativo-material dos direitos fundamentais e traz em si o ponto de partida para responder à pergunta acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Para Canotilho, o ponto de partida para essa compreensão é um sistema normativo aberto de princípios e regras, isto é: se trata de um sistema jurídico pois é um sistema dinâmico de normas; é aberto porque tem uma estrutura dialógica, que se traduz na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade da justiça; é um sistema normativo, por que a estruturação das expectativas referentes à valores, programas,

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed Coimbra: Almedina. 2003, p.407-408.

²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed Coimbra: Almedina. 2003, p. 408.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2ªed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007]. p. 81-82.

funções e pessoas, é feita por meio de normas; por fim, é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem se mostrar sob a forma de princípios como sob a forma de regras. Ainda com base no mesmo autor, este cita critérios que podem auxiliar a distinção entre princípios e regras. Dentre eles, destacam-se o **grau de abstração**, sendo que princípios tem um grau mais elevado que regras; **grau de determinabilidade** na aplicação do caso concreto, pois os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente; **caráter de fundamentalidade** no sistema das fontes de direito, pois os princípios são normas de natureza estruturante; **proximidade da ideia de direito**, pois princípios são juridicamente vinculados nas exigências de justiça, enquanto as regras podem ser normas de conteúdo unicamente funcional; e **natureza normogenética**, ou seja, os princípios são fundamentos de regras.

Assim, os princípios, por terem sido levados ao núcleo do sistema, receberiam a função de ser fundamento da ordem jurídica, isto é, base e pressuposto teórico, concedendo racionalidade sistêmica e integralidade ao sistema jurídico. Conforme ensina Barroso, a constituição, assim, passa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, com permeabilidade à valores jurídicos suprapositivos, que permite a inclusão e centralização dos ideais de justiça e de realização dos direitos fundamentais²⁹.

Por outro lado, um aspecto que distingue princípios e regras se trata da colisão entre princípios e do conflito entre regras. Em ambos os casos, o resultado normativo do embate pode levar a consequências contraditórias e inconciliáveis de dever-ser jurídico.

Nesse caso, a diferença entre elas reside na forma como se resolve a questão. No caso da conflituosidade entre regras, uma delas necessariamente será invalidada,

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 292.

ou seja, deve haver uma assertiva de exceção que extirpe o conflito, ou, mesmo, a declaração de nulidade. Com fundamento nos ensinamentos de Guerra Filho:

“(...) o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende correta (...)”³⁰.

Nos casos em que os princípios colidem, a solução encontrada é a prevalência de um sobre o outro sem, no entanto, o descarte ou decretamento de nulidade do outro. Inocêncio Mártires Coelho explica que na aplicação dos princípios, não há a necessidade de estipulação de regras de colisão, pois essas espécies normativas, devido a sua natureza, finalidade e formulação, não se destinam a evocar conflitos. Diferentemente das regras, os princípios não se estabelecem como imperativos categóricos, antes expressam razões para que a decisão siga determinado caminho. Assim, não há a imposição de apenas uma decisão concreta, posto que se admite a convivência e conciliação de um princípio com outros que sejam eventuais concorrentes, em um intrincado sistema de freios e contrapesos análogo ao da distribuição de funções entre os poderes estatais nos regimes democráticos³¹.

Nesse âmbito se insere o princípio da proporcionalidade que é hoje compreendido como um imperativo de otimização do máximo respeito àqueles direitos fundamentais que se encontrem em conflituosidade com outros, observado aquilo que seja jurídica e faticamente possível. A ponderação de interesses e o diálogo entre diferentes pontos de vista, na aplicação dos princípios ao caso concreto é que pautarão esses conflitos, sendo que regras não podem influenciar o processo decisório no caso de uma colisão principiológica.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 1 Ed.. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto de Direito Constitucional, 2000. p. 45.

³¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 1ª edição – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 81-82.

2.1.2 Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio da prioridade absoluta traduz a importância dos direitos de proteção às crianças e adolescentes, trazido no artigo 227 da Constituição Federal. Os menores gozam de todos os direitos que estão previstos na Constituição Federal, assim como gozam dos direitos especificados no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Dentre os direitos constitucionais garantidos à pessoa humana, tem-se o direito à liberdade. O direito à liberdade será abordado com maior ênfase, pois guarda relação com o objeto deste trabalho. O artigo 5º da Constituição Federal compreende em seu texto o direito à liberdade:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

No inciso XV do artigo 5º encontra-se o direito de ir e vir. Inciso XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

No momento em que o legislador constituinte utilizou o termo “qualquer pessoa” em seu inciso XV do Artigo 5º da Constituição Federal, não se delimitou qualquer diferenciação quanto a quem seria o detentor desse direito, devendo, então, ser aplicado a todos, independentemente, por exemplo, da idade que possui o sujeito.

A Constituição de 1988 assegura ao menor o direito à liberdade de ir e vir, não podendo este ser alvo de determinações arbitrárias que restringem esse direito garantido. O direito à liberdade de locomoção será mais bem explicado à frente.

2.1.3 Princípio da Isonomia

A Constituição brasileira estabelece em seu artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, extraindo da lógica aristotélica a significação de que deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

Os menores podem ser considerados desiguais pela sua condição especial de ser em desenvolvimento, sendo assim merecem tratamento específico por parte do legislador, do que decorre a legislação própria, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas, essa diferença não pode ser vista como motivo para restringir direitos e sim protegê-los. Afirma Antônio Carlos da Costa, um dos redatores do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento implica, primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

A afirmação da criança e do adolescente como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que dever ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A consequência prática de tudo isto reside no reconhecimento de que as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais direitos especiais, que decorrem precisamente do seu estatuto ontológico próprio de “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”.³²

³² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Comentários ao art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, in Munir Cury et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 39-40.

Todos devem receber tratamento igualitário por parte do Estado, contudo, aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, ou seja, a vulnerabilidade é intrínseca, como no caso de crianças e adolescentes, devem ser alvo de políticas e programas especiais. Todavia, estabelecer uma medida que não se aplica a todos é uma ofensa à minoria, posto que já há a legislação de caráter geral e abstrato que denota o caráter normativo-programático do ditame constitucional que rege crianças e adolescentes no Brasil.

2.1.4 Princípio da legalidade

No Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, é dito que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”.

Apesar do conteúdo do texto constitucional, juízes estão decidindo, por meio de portarias judiciais, o que devem ou não fazer crianças e adolescentes. Se não há uma lei determinando que crianças e adolescentes não circulem pela cidade num horário pré-determinado, questiona-se qual o fundamento para tais decisões judiciais.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“Lei, numa definição trivial, é todo comando genérico e abstrato que, **aprovado pelo Poder Legislativo**, inova o ordenamento jurídico, disciplinando, em nível imediatamente infraconstitucional, relações entre particulares e atividades públicas. Esse comando genérico e abstrato pode assumir três formas: obrigação, proibição ou permissão. A norma jurídica, assim, ou obriga, proíbe, ou permite. Não existe uma quarta possibilidade. (...) Destarte, além de garantia individual, o princípio da legalidade também pode ser considerado uma garantia institucional de estabilidade das relações jurídicas”.³³

Portanto, considerando que portarias judiciais não podem ser consideradas leis no sentido formal, elas não podem criar proibição, obrigação ou permissão. Logo, o Juiz

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.100.

da Infância e da Juventude não pode impor limites à garantia constitucional elencada no artigo 5º, inciso XV, o direito de ir e vir.

2.1.5 Liberdade de ir e vir

A imposição da medida toque de recolher fere o direito à liberdade de locomoção, disposto no inciso XV, artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

É relevante destacar que, conforme Nunes Jr. e Araújo, o dispositivo citado fixa uma cláusula de liberdade ampla, só podendo encontrar restrições na própria Constituição Federal e não por meio de outros instrumentos normativos como portarias judiciais.³⁴

A liberdade de locomoção deriva essencialmente da natureza do homem, que guarda relação fundamental com a própria dignidade da pessoa humana. A restrição de liberdade fere o princípio da dignidade humana ao estabelecer uma imposição que interfere diretamente nos valores individuais do ser. Para elucidar a questão, trazemos o ensinamento do professor Alexandre de Moraes, que entende o seguinte:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.³⁵

³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.127

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60-61.

Na citação acima, se vê que é possível, excepcionalmente, limitar o exercício dos direitos fundamentais, mas, como afirma o mesmo autor “(...) sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe que a liberdade de locomoção, a qual corresponde à liberdade de ir e vir, se apresenta como uma das liberdades fundamentais que permeiam a consciência geral da sociedade e que impede manifestação contrária a esse direito não autorizada pela Constituição Federal³⁶. Dirley da Cunha Jr. conclui:

“(...) Logo, só se poderá cercear o trânsito de pessoas caso se encontre regulação prevista na Constituição para isso. Não podendo este direito ser alvo de determinações judiciais que não apoiados na Constituição restrinja essa liberdade”³⁷.

2.1.6 Princípio da Proteção Integral

Substituindo a regra do menor em “situação de risco”, do ultrapassado Código de Menores, foi inscrito na ordem constitucional vigente o princípio da proteção integral do menor. Esse princípio foi instituído pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, *caput*, *in verbis*:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O constituinte explicitou esse princípio quando afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 34.

³⁷ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podivm. 2008, p. 643.

prioridade os direitos citados acima. Mas, com a imposição do toque de recolher alguns desses direitos estão sendo ultrajados.

O Estado que deveria “colocar a salvo” a criança e o adolescente de “toda forma de discriminação” é o mesmo que discrimina. Não é sensato que crianças e adolescentes, em situação de risco ou não, entregues às ruas ou não, infratores ou não, sejam colocadas em um mesmo patamar e sofram restrições infundadas e generalizadas em seus direitos fundamentais.

2.2 Ordem Legal

2.2.1 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da criança e do adolescente é a norma disciplinadora das questões relativas aos menores. Atualmente, conta-se com uma normativa que objetiva a proteção integral à criança e ao adolescente, o que, de fato, não era o propósito do Código de Menores.

O Código de Menores de 1979, o qual apenas disciplinava as irregularidades³⁸ concernentes aos menores, era uma Lei que não concedia à criança e ao adolescente sustentáculo para o resguardo de seus direitos. Esse Código, considerando o parâmetro constitucional vigente, pode ser visto como uma aberração jurídica. Um exemplo disso refere-se à possibilidade, prevista no Código, de o Juiz encarcerar o menor sem a observância de seu direito à ampla defesa, apenas por considerá-lo perigoso. Essa prisão também não tinha prazo para findar, ficando a cargo do juiz o tempo que este menor

³⁸ Veremos mais adiante o conceito de situação irregular, previsto no Código de Menores de 1979.

permaneceria encarcerado. O artigo 8º da referida Lei permite a compreensão da dimensão da inadequação à ordem jurídica atual, *ipsis litteris*:

“Art 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.”

Neste artigo, nota-se a desproporcionalidade entre o poder do Juiz e a proteção efetiva da liberdade do menor, que além das medidas previstas na Lei citada, outras poderiam ser perpetradas caso fosse esse o entendimento do Magistrado, sem direito à ampla defesa ou ao contraditório.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, trouxe a busca pela concreta proteção da criança e do adolescente. O ECA visa à regulação de diversos aspectos da vida de todos os menores e não apenas daqueles que se encontram em situação irregular³⁹.

2.2.2 Reflexões sobre o Poder familiar no Código Civil e na Constituição Federal

O antigo Pátrio poder, termo utilizado no Código Civil de 1916, entrou em desuso. Este termo denota que apenas o pai tem o poder de ingerência sobre a vida dos filhos. O Código Civil vigente preconiza que ambos os pais são os detentores do poder de coordenar a vida de seus filhos menores de 18 anos. Com efeito, o Artigo 229 da Constituição Federal,

³⁹ O conceito de situação irregular, utilizado diversas vezes neste trabalho, trata-se daquele definido pela Lei nº 6.697/1979, que instituiu o Código de Menores, em seu art. 2º: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.

prevê que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

A expressão que se encontra no Código Civil, em seus artigos 1.630 a 1.638, não denota nenhuma diferenciação quanto ao poder do pai ou da mãe. Se o filho se submete ao poder familiar, sujeita-se à ambos de forma igual. Porém, o termo poder familiar vem sendo doutrinariamente criticado, assim como outras denominações vêm sendo consideradas mais apropriadas, tais como autoridade parental e poder parental. Deixando de lado a nomenclatura, o fato é que a lei determina que pertence ao pai e à mãe a autoridade com relação a seus filhos e, para melhor esclarecer, dispõe o artigo 21 do ECA:

“O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

Como foi explicado anteriormente, aos pais cabe o dever de coordenar a vida dos filhos, dando a assistência e a educação adequadas.

Esse dever que caberia exclusivamente aos pais parece estar sendo desempenhado pelo Estado nos Municípios em que vige o toque de recolher para crianças e adolescentes. O questionamento é até que ponto o Estado pode intervir nessa relação, seja estabelecendo que crianças e adolescentes tenham um horário determinado para estar em suas casas, seja impondo aos pais essa obrigação específica.

Paulo Nader⁴⁰ entende que o Estado não pode intervir na missão dos pais de criar e educar seus filhos, e que o este só teria a função de fiscalizar sua atuação, podendo, caso esses descumpram com o seu dever, penalizá-los com a suspensão ou extinção desse

⁴⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 347.

poder familiar. O mesmo autor esclarece que, hodiernamente, o poder familiar molda-se de acordo com as necessidades vitais dos menores, ou seja, não é um direito subjetivo dos pais para com seus filhos, mas apenas o poder de gerenciar a sua vida e educação, porquanto estes ainda não podem fazê-lo com discernimento. Mais adiante o autor afirma que os direitos subjetivos são de livre exercício de seus titulares, enquanto o poder familiar deve ser praticado exclusivamente pelos pais. Afirma também, que não se pode negar que os titulares da autoridade parental possuem o dever de criar e educar seus filhos e nesse âmbito não se submetem à intromissão de particulares, da sociedade ou do Estado. A este último compete tão-somente a função fiscalizatória não-ostensiva e a punição dos titulares do poder familiar, quando estes não cumprem com sua obrigação, punindo-os com a suspensão ou a extinção de seu poder parental.

Na situação do toque de recolher, os pais deixam de ser responsabilizados por suas ações e, principalmente, omissões, ou seja, a responsabilização e punição diretas recaem num primeiro momento sobre os filhos. O Estado ultrapassa o limite de suas atribuições e adentra a esfera familiar, sob a justificativa de que os pais se encontram inertes na função de controlar os filhos. Em verdade, nesse caso, ele passa a gerenciar parte da vida das crianças e adolescentes e, como já foi dito, essa é uma prerrogativa que cabe exclusivamente aos pais. O Estado deve, assim, procurar outros meios de influenciar o processo social formador da instituição da família.

3 TOQUE DE RECOLHER: PERCEPÇÕES ANTAGÔNICAS

Após ter demonstrado no primeiro capítulo as normas que regem a vida dos menores e suas implicações e no segundo capítulo a realidade do toque de recolher, iremos no terceiro capítulo discutir o assunto “toque de recolher para menores” e demonstrar as consequências de se adotar tal medida.

Serão expostos argumentos dos posicionamentos contra e a favor do “toque”, as justificativas daqueles que implantaram a medida e também a percepção daqueles que estão vivendo o “toque” em seus Municípios, ou seja, tanto os pais quanto os filhos menores e a população em geral. Doutrinadores que se expressaram sobre o assunto também serão citados e também entidades públicas e privadas que se manifestaram acerca da problemática que gira em torno do toque de recolher.

3.1 Percepção negativa: restrição dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes

A medida toque de recolher está vigorando em vários Municípios do Brasil e cada vez mais cidades cogitam a hipótese de se utilizar deste artifício de controle de menores. Porém, várias entidades têm se manifestado contra o “toque” como, por exemplo, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA e a Rede Nacional de Defesa do Adolescente em conflito com a Lei – RENADE. O CONANDA é uma entidade nacional formada por representantes do governo, empregadores e trabalhadores, responsável por deliberar e fiscalizar as políticas de atenção a crianças e adolescentes.⁴¹ E o RENADE é uma articulação nacional, organizada pelo Instituto Latino-Americano das

⁴¹ Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/ipecc/gloss.php>>. Acesso em: 12 abr 2010.

Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, que reúne instituições e profissionais envolvidos na defesa de adolescentes acusados de ato infracional⁴².

Em seu parecer, o CONANDA posiciona-se contrário ao toque de recolher afirmando que a medida viola princípios constitucionais e artigos do Estatuto da criança e do adolescente, vide trecho de seu parecer:

“As portarias judiciais não podem contrariar princípios constitucionais e legais, como o direito à liberdade, previsto nos artigos 5 e 227 da Constituição Federal Brasileira, e nos artigos 4 e 16 do ECA - direito à liberdade, incluindo o direito de ir, vir e estar em espaços comunitários;

(...)

Os artigos 145 a 149 do ECA dispõem sobre as competências e as atribuições das Varas da Infância e Juventude. Os artigos citados não prevêm a restrição do direito à liberdade de crianças e adolescentes de forma genérica, e sim restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, que devem ser decididas caso a caso, de forma fundamentada, conforme o artigo 149;”⁴³

Outra justificativa exposta neste parecer afirma que as crianças e adolescentes não devem ficar em situação de risco e abandono em nenhuma hora do dia e não só no período noturno como prega o “toque”.

“Nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (arts. 98 e 101) para crianças, e adolescentes e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129)”;

Além de dar muitas razões em seu parecer contrárias ao toque de recolher para menores, o CONANDA também cita recomendações aos Municípios para que estes

⁴² Disponível em: <<http://www.renade.org.br/renade/o-que-e/>>. Acesso em 15 fev 2010.

⁴³ Trechos extraídos do Parecer elaborado pelo CONANDA sobre a medida Toque de Recolher. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2010.

criem políticas públicas que resguarde os direitos das crianças e adolescentes em todas as horas do dia e que esses menores tenham o atendimento e atenção já enunciados na lei.

“Que todos os Municípios tenham programas com educadores sociais que possam fazer a abordagem de crianças e adolescentes que se encontrem em situações de risco, em qualquer horário do dia ou da noite, visando os encaminhamentos e atendimentos especializados previstos na Lei;”⁴⁴

Outra entidade que se postou contrariamente ao toque de recolher para menores foi o RENADE (rede nacional de defesa do adolescente em conflito com a lei). Em seu manifesto elencou muitas justificativas desfavoráveis à medida. Dentre elas há algumas que chamam mais a atenção como: “(...) o Toque de Recolher viola o direito à liberdade das crianças e adolescentes expressamente previsto no art. 227 da Constituição Federal tolhendo-lhes o direito de ir e vir;”. Outro argumento sustenta o seguinte: “(...) as políticas de prevenção da violência devem adotar o princípio da promoção da convivência e do exercício pleno da cidadania e nunca o da supressão de direitos.”⁴⁵

A medida em tela é bastante polêmica, pois traz em seu bojo a supressão de um direito garantido pela Constituição, que é o direito à liberdade. Por isso tantos reprovam o “toque” por considerar que não é dessa forma que se conseguirá solucionar os problemas da delinquência juvenil e da exposição a que esses menores estão sujeitos.

O professor Leandro Gornicki Nunes entende que a medida não cabe em uma sociedade democrática, pois os jovens de hoje devem entender e respeitar a liberdade geral. Também considera que se o “toque” tem a finalidade de se evitar crimes, deveria então, ser aplicado a todos, como se pode exprimir do trecho abaixo:

⁴⁴ Trechos extraídos do Parecer elaborado pelo CONANDA sobre a medida Toque de Recolher. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2010.

⁴⁵ Trechos do Manifesto contra o toque de recolher publicado no sítio do RENADE. Disponível em: <<http://www.renade.org.br/midia/doc/MANIFESTO-CONTRA-O-TOQUE-DE-RECOLHER.pdf>>. Acesso em: 12 abr 2010.

“A juventude deve ter liberdade para, dessa forma, transformar-se numa população de adultos conscientes da importância de respeitar a liberdade alheia, ao invés de procurar a solução dos problemas de segurança pública implantando normas violadoras da Constituição da República. Se uma das justificativas para o tal *toque de recolher* é a ocorrência de crimes, a medida deve se estender a todas as pessoas, crianças, adolescentes, adultos e idosos, afinal qualquer um pode praticar crimes.”⁴⁶

Há uma infinidade de entidades e pessoas que são desfavoráveis à aplicação da medida toque de recolher por enxergarem nela uma violação aos direitos fundamentais e um atentado contra a dignidade da pessoa humana⁴⁷. Apesar disso, muitos consideram a medida válida e eficaz no combate ao crime e no resguardo dos direitos e na proteção das crianças e adolescentes.

3.2 Percepção positiva: proteção integral das crianças e adolescentes

No Brasil, autoridades públicas, como juízes e prefeitos, diversos pais e mesmo doutrinadores já se manifestaram favoravelmente ao uso da medida toque de recolher para menores e consideram que esse é um recurso eficaz na proteção da criança e do adolescente.

O entendimento é de que se o menor estiver em casa no período da noite, não estará exposto a situações propícias ao uso de drogas, álcool e que envolvam crimes e nem subjugados à influência de maiores de má índole. Essa parece ser a opinião dos Juízes que estão baixando portarias judiciais em seus Municípios para estabelecer a medida. Para melhor compreensão, trazemos à colação trecho da portaria expedida pelo Juiz do município de Ilha Solteira, que assim entende:

⁴⁶ GORNICKI, Leandro Nunes. Toque de Recolher. Disponível em: <<http://www.oabjoinville.org.br/artigo/42/toque-de-recolher/>>. Acesso em: 15 abr 2010.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1035606/como-se-constroi-um-preconceito-toque-de-recolher-para-a-juventude>>. Acesso em: 18 mai 2010.

“(...)Não há dúvida de que a ausência de limites a esses jovens os coloca em grave situação de risco. A exposição a drogas ilícitas, à exploração sexual, a toda ordem, pois, de violação aos direitos da Infância e Juventude, tudo isso se observa, com nítida clareza, nos dias hodiernos.(...)”⁴⁸

Diante de todos os problemas a que crianças e adolescentes estão expostos diariamente, se torna, de certa forma, justificável que juízes estejam baixando portarias que restrinjam os direitos dos menores. Para dar um exemplo, de acordo com o - Instituto Brasileiro de geografia e estatística – IBGE morreram em média, 68 homens de 15 a 24 anos diariamente por morte violenta, entre os anos de 1998 e 2008 no Brasil. Esse dado demonstra o quanto a violência está inserida no contexto atual do jovem brasileiro. (citação IBGE)

Segundo juízes favoráveis à medida, a aprovação do toque de recolher é quase unânime entre os moradores e pais das crianças e adolescentes dos Municípios em que vigora, com altas taxas de aprovação por parte deles.

⁴⁸ Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, em 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www.ilhasolteira.sp.gov.br/documentos/toque_de_recolher.pdf>. Acesso em: 15 mai 2010.

CONCLUSÃO

Pode-se perceber, depois do todo exposto, que o toque de recolher é uma medida que vem sendo tomada por autoridades públicas a fim de solucionar problemas sociais que não são novos, como a criminalidade, opressão, drogas e violência a que estão sujeitos as crianças e adolescentes no Brasil.

Ora, pode-se sustentar que o Estado não poderia interferir no poder familiar e impor regras aos menores que deveriam ser impostas exclusivamente pelos pais, assim, sobre essa perspectiva, o toque de recolher fere princípios constitucionais porque invade a esfera do núcleo essencial dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, assim como revela-se medida que não se coaduna com os parâmetros de legalidade vigente.

O desafio do Estado é assegurar os direitos de crianças e adolescentes, como ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ao mesmo tempo em que tem o dever de colocá-los a salvo de discriminações e opressões, da criminalidade e da violência. O que se observa é que o toque de recolher **incita** uma tensão entre obrigações estatais constitucional e legalmente estabelecidas.

É de conhecimento corrente que crianças e adolescentes se encontram na maior parte das cidades brasileiras em situações de vulnerabilidade, envolvendo o acesso a drogas ilícitas e a criminalidade, e a sociedade espera alguma atitude dos agentes públicos. Nesse sentido, membros do Poder Judiciário se vêem impulsionados, muitas vezes pela opinião pública, a tomar atitudes que influenciam diretamente na vida das crianças e

adolescentes, mudando a condição em que se encontram e interferindo diretamente nas suas escolhas pessoais, bem como no poder de tutela de seus genitores.

Ao fazê-lo, essas autoridades judiciais tentam contornar fronteiras tênues entre os diversos direitos fundamentais, em especial entre os princípios assegurados pela Constituição Federal de 1988, constituindo assim, de certo modo, uma ofensa aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Partindo da premissa de que a análise do toque de recolher abrange os direitos das crianças e adolescentes, destaca-se que o dever do Estado de proteção integral, incluso o direito ao desenvolvimento saudável, não significa a retirada do convívio daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, mas, antes, a sua educação e conscientização, o que passa, necessariamente, pela adoção de medidas públicas objetivando, principalmente, alcançar os responsáveis legais. Ao extirpar das crianças e adolescentes parte significativa de suas oportunidades de convívio e socialização, um benefício imediato pode acabar significando malefícios irreversíveis que os perseguirão por toda a vida. Desse modo, questiona-se se é razoável o Estado, sem maiores reflexões e discussões amplas com a sociedade civil, proceda à adoção de medida tão drástica.

Este trabalho pretendeu apenas introduzir o tema e servir de base para questionamentos futuros acerca das temáticas que envolvem os direitos das crianças e adolescentes no Brasil. Portanto, reconhece-se que, em decorrência da falta de bibliografia sobre o tema e discussões no âmbito da sociedade civil, tão somente se expôs os principais aspectos teóricos que envolvem o tema do toque de recolher, sendo assim, relevante que outros estudos sejam desenvolvidos de modo a tornar o debate sobre o tema mais sólido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2 ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007].

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BRENER, Jayme. **A Segunda Guerra Mundial: o planeta em chamas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

CONANDA. Sobre a medida Toque de Recolher para crianças e adolescentes. Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em: 18 mai 2010.

CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 18 mai 2010.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Comentários ao art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, in Munir Cury et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 1992.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Podivm. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

GORNICKI, Leandro Nunes. **Toque de Recolher**. Disponível em: <<http://www.oabjoinville.org.br/artigo/42/toque-de-recolher/>>. Acesso em: 15 abr 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 1 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto de Direito Constitucional, 2000.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HOLTHE, Leo van. **Direito Constitucional**. 5 ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1035606/como-se-constroi-um-preconceito-toque-de-recolher-para-a-juventude>>. Acesso em: 18 mai 2010.

JUVENTUDE. Disponível em: <<http://www.juventude.gov.br/e-fato/2009/04/30-04-2009-juventudes-toque-de-recolher-prova-incompetencia-do-estado/>>. Acesso em: 18 mai 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OITBRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/ipecc/gloss.php>. Acesso em 18 de mai de 2010.

RENADE. Manifesto contra o toque de recolher. Disponível em: <http://www.renade.org.br/midia/doc/MANIFESTO-CONTRA-O-TOQUE-DE-RECOLHER.pdf>. Acesso em: 18 mai 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

TOQUE DE ACOLHER BAHIA. Disponível em: <http://toquedeacolherbahia.blogspot.com/2010/05/populacao-de-santo-estevao-comemora-um.html>>. Acesso em: 18 mai 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Atlas. 2006.